



CAAPJ
CENTRO DE APOIO À ATIVIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

NOTA TÉCNICA Nº 13/2023

Participação de advogados em oitivas de procedimentos de
Polícia Judiciária.

NOTA TÉCNICA Nº 13/2023

Nota Técnica nº: 13/2023/ CAAPJ/ASJUR/DGPC

Referência: Consulta

Assunto: Participação de advogados em oitivas de procedimentos de Polícia Judiciária

Trata-se de consulta encaminhada a esse CENTRO DE APOIO À ATIVIDADE DE POLÍCIA JUDICIÁRIA (CAAPJ) no que tange à participação de advogados em oitivas de indivíduos nos variados procedimentos de Polícia Judiciária.

Não raro, durante a realização de procedimentos de Polícia Judiciária (p. ex, lavratura de autos de prisão em flagrante ou inquéritos policiais), advogados constituídos pelos investigados requerem participação direta nas oitivas realizadas em procedimento de Polícia Judiciária, o que, eventualmente, é negado pelo presidente do feito, motivando, assim, o inconformismo da defesa técnica.

Nesse contexto, emerge-se a seguinte questão: O defensor do investigado possui a prerrogativa de acompanhamento e participação nas oitivas de testemunhas, vítimas ou investigados que não são por ele assistidos em procedimentos de Polícia Judiciária? A eventual negativa configura crime de abuso de autoridade e/ou nulidade absoluta da investigação?

Antes de adentrarmos ao epicentro da discussão da presente nota-técnica, importante frisar que, malgrado existam distinções processuais penais e semânticas, utilizar-se-á a expressão “acusados em geral” como sinônimo de suspeito e indiciado.

A escolha pela expressão: “acusados em geral”, a qual será grafada a partir desse momento sem aspas, encontra amparo na redação que descreve o Princípio da Ampla Defesa, estatuído no art. 5º, LV, CF, e que, em virtude de sua abrangência, acaba englobando o sentido das outras expressões que recaem sobre o autor da infração penal.

Pois bem.

A resposta às indagações contidas no presente estudo pressupõe o entendimento acerca da existência ou não de contraditório na fase pré-processual. Isso porque, admitir a participação do advogado em depoimentos realizados na fase investigativa representaria, ao fim e ao cabo, admitir a existência de contraditório nessa fase.

O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E SUA INCIDÊNCIA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

O art. 5º, LV, da CF, estampa dois princípios centrais para o estudo em tela, quais sejam: contraditório e ampla defesa: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A evolução histórica dos direitos fundamentais atribuiu à ampla defesa o status de princípio, ensejando sua expressa previsão em inúmeros tratados internacionais, como a DUDH (Declaração Universal de Direitos Humanos) de 1948 e CADH (Convenção Americana de Direitos Humanos). No Brasil a ampla defesa encontra-se prevista no art. 5ª, LV, da Constituição Federal.

O princípio da ampla defesa, cuja vasta importância e amplitude dificultam a formulação de um conceito estanque, consiste, seguindo a lição de Nereu José Giacomolli, em garantir ao acusado ampla e plena possibilidade de

defesa por meio do exercício de outros direitos e garantias, como o de ser informado da acusação, o direito à prova, o *nemo tenetur*, a igualdade de armas, entre outros¹.

No mesmo sentido, Vicente Greco assevera que o conhecimento claro da imputação, a possibilidade de apresentar alegações, de ter defesa técnica, de poder acompanhar a produção da prova e fazer contraprova e de poder recorrer da decisão desfavorável, são meios inerentes à ampla defesa.

A ideia que cinge a ampla defesa é a de que seu exercício efetivo obriga a colocação do acusado no centro do processo, devendo esse princípio ser entendido além de um direito voltado para o acusado, mas sim como uma garantia do justo processo.²

A doutrina³, de forma geral, divide analiticamente a ampla defesa em defesa técnica e autodefesa.

A defesa técnica é a exercida por meio de advogado e busca garantir que os aspectos técnico-jurídicos da defesa do acusado/investigado estejam respaldados por um profissional habilitado para tanto, preservando-se, assim, a paridade de armas entre acusação e defesa.

Já a autodefesa é desenvolvida pelo próprio acusado, que, pessoalmente, defende seu interesse⁴. Resumidamente, a autodefesa se

¹ GIACOMOLLI, Nereu Jose. O devido processo penal, abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014. p. 113.

²GRINOVER, Ada Pelegrini. As garantias constitucionais do processo: Novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 8.

³FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 257.

⁴LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 227.

concretiza no direito de estar presente nos atos processuais e no direito de audiência. Nesse contexto, é certo que o exercício do direito de defesa não está afastado da fase pré-processual.

Ao prever no art. 5º, LV, da Constituição Federal, que aos “acusados em geral” é assegurada a ampla defesa, certamente o constituinte ordinário buscou albergar os investigados, suspeito da fase pré-processual. Como preleciona Aury Lopes Junior, a expressão utilizada no citado artigo da Constituição Federal foi “acusados em geral” e não somente “acusados”. Destarte, devem ser compreendidas nessa expressão quaisquer imputações impelidas a uma pessoa, como o indiciamento e uma simples notícia-crime ou uma representação⁵.

O inquérito policial deve receber um filtro constitucional e ser interpretado de acordo com as regras atinentes a um Estado Democrático de Direito. Não há espaço para considerar o acusado como mero objeto de investigação, portador da verdade que o inquisidor deve extrair⁶.

Vale destacar que o caráter inquisitório do inquérito policial não pode ser interpretado ou confundido como mote limitador da participação da defesa na investigação policial.

Tereza Armenta Deu, ao apresentar em sua obra os pontos mais significativos de cada sistema processual penal, explica que o sistema inquisitivo “*permite aunar la función acusadora y enjuiciadora en un solo sujeto, eliminando la necesidad de que exista un acusador para poder juzgar, quedando tal función asumida por el órgano enjuiciador*”⁷.

⁵LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 338.

⁶CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 75.

Para Aury Lopes Júnior a “separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante” que diferencia os sistemas inquisitório e acusatório. Segundo o autor, em que pese ser uma importante característica, a existência ou não de separação do agente responsável pela acusação e pela defesa não é o fator determinante para sua identificação como acusatório ou inquisitivo. Além dessa característica, devem ser analisadas a iniciativa probatória, a publicidade, o contraditório, a oralidade, a igualdade de oportunidades, entre outros fatores⁷. Para o autor, a iniciativa probatória nas mãos das partes, durante toda a persecução penal, inclusive na fase processual, é o que caracterizaria o sistema como acusatório⁸. No inquisitório, ao contrário, o juiz congrega, em relação à gestão da prova, poderes de iniciativa e de produção⁹.

No ponto, Luciano Feldens e Andrei Zenkner Schmidt afirmam que a inquisitividade do inquérito policial não reside na concessão de um poder discricionário e ilimitado à autoridade policial, mas sim na inexistência de separação das funções de acusar e julgar. “No âmbito do inquérito policial, sua inauguração e conclusão estão acometidas a uma mesma autoridade (ou instituição) policial”.¹⁰ Ademais, ao delegado de polícia incumbe as funções de colher os elementos de investigação e realizar, ou não, o indiciamento. Trata-se, trasladando a ideia, da gestão da prova nas mãos do julgador, pois o delegado de polícia tem o poder de colher as provas e elementos informativos e depois de decidir acerca do indiciamento do investigado, o que corresponderia, guardada as devidas proporções, a uma sentença. Como se infere, o inquérito policial, inexoravelmente, consiste em um procedimento inquisitivo.

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98-107.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105.

⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 50;

¹⁰ FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Investigação criminal e ação penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

Em que pese o inquérito policial ser um procedimento inquisitivo, não se pode legitimar qualquer tentativa de limitação do direito de ampla defesa pautando-se simplesmente nesse argumento, notadamente por se tratar de procedimento realizado sob a égide de uma Constituição Federal democrática, como é a brasileira.

“A inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial”¹¹, tampouco pode ser sinônimo de restrição de direitos conquistados durante longa caminhada histórica da humanidade ou justificativa para arbitrariedades na investigação.

E não são necessárias grandes divagações epistemológicas para se concluir a possibilidade, com as atuais regras vigentes, da participação efetiva do investigado no inquérito policial. O art. 14 do Código de Processo Penal, por exemplo, possibilita que o investigado requeira diligência à autoridade policial. Tal previsão legal nada mais é do que uma expressão da autodefesa. Da mesma forma, a possibilidade do investigado permanecer em silêncio durante o interrogatório policial é corolário da autodefesa negativa.

Em consonância com o exposto, ainda, encontra-se a Súmula Vinculante 14, cujo teor esclarece que: “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

A própria súmula, todavia, tratou de definir as limitações da prerrogativa profissional inerente ao defensor: a) o advogado deve atuar na defesa de investigado ou de indiciado; b) ser-lhe-ão acessíveis os elementos

¹¹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 214.

informativos já confeccionados e documentados nos autos, excluídas as diligências em andamento, e que se refiram ao exercício de defesa.

É nesse sentido a decisão do Supremo Tribunal Federal¹²:

(...) verifico que, in casu, a irresignação do reclamante não merece acolhida. Isso porque o entendimento adotado no ato reclamado não constitui ato que ofendam a tese firmada no enunciado 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (...). Deveras, o direito de acesso aos dados de investigação não é absoluto, porquanto o legislador ordinário trouxe temperamentos a essa prerrogativa, consoante se infere da exegese do artigo 7º, §§ 10 e 11, da lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, com a redação conferida pela Lei 13.245/2016, (...). **Nesse contexto, cabe referir que o espectro de incidência do Enunciado 14 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal não abrange diligências ainda em andamento e elementos ainda não documentados**, mormente se considerados os dispositivos legais supramencionados, além de se fazer necessária a apresentação de procuração nas hipóteses de autos sujeitos a sigilo. (...) verifico que sequer se negou à defesa o direito de acesso a autos de investigação, razão pela qual não merece prosperar o presente intento reclamatório. [Rcl 30.957, rel. min. Luiz Fux, dec. monocrática, j. 10-8-2018, DJE 164 de 14-8-2018.] (grifo nosso)

Dessa forma, o princípio da ampla defesa é totalmente aplicável na fase pré-processual, em nada conflitando com o seu caráter inquisitivo. Uma investigação preliminar que se volta somente para a obtenção de elementos de cognição favoráveis à acusação, ou seja, que só se importa em documentar elementos de convicção que apontem indícios contrários ao investigado, preterindo a defesa, certamente originará um processo manco, com uma hipertrofia acusatória, sendo favorável somente à acusação. Essa hipertrofia de poderes da acusação reproduzirá uma assimetria em desfavor do acusado que certamente persistirá ao longo de todo o processo, “como uma doença perpétua”¹³.

¹²Rcl 30.957, rel. min. Luiz Fux, dec. monocrática, j. 10-8-2018, DJE 164 de 14-8-2018.] Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314993598&ext=.pdf>. Acesso em 27.03.23.

¹³SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverantes e aliança. In: SCHÜNEMANN, Bernd.; GRECO, Luís. (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 231.

O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SUA NÃO INCIDÊNCIA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Diferentemente do princípio da ampla defesa, entendemos que a incidência de contraditório na investigação preliminar encontra obstáculos intransponíveis com a hodierna estrutura que rege a fase pré-processual.

Elio Fazzalari preleciona que contraditório consiste em um método de confrontação da prova que se estabelece entre partes contrapostas que serão afetadas pelo provimento final do processo¹⁴ - acusação e defesa -, que, somada à exigência de prévia comunicação dos atos que serão praticados, constitui o cerne da estrutura dialética do processo. Trata-se do direito, constitucionalmente assegurado¹⁵ de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter* procedimental¹⁶.

Na visão de Elio Fazzalari, o contraditório é a característica que diferencia o processo do procedimento. Para o autor, processo é o procedimento em contraditório, isto é, procedimento em que a participação contraposta dos interessados no resultado final é imprescindível para sua existência. Em que pese haver várias espécies de procedimentos (como tributário, administrativo, entre outros), para que um procedimento seja adjetivado como processo, seus atos devem estar permeados pelo contraditório¹⁷. O processo, portanto, é uma das espécies de procedimento, cuja principal característica é a existência do contraditório, ou seja, da

¹⁴ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992. p. 85.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Art. 5º, LV. “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 223

¹⁷ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992. p. 85.

participação especial das partes (atores que sofrerão os efeitos da sentença)¹⁸, já que seus interesses em relação ao ato final são opostos¹⁹.

A estrutura dialética do processo, base do contraditório, é essencial para a formação do convencimento hígido do juiz, pois, com base nos argumentos e contra-argumentos das partes é que será possível decidir de forma não mais solitária, mas sim com base no que foi produzido democraticamente²⁰.

Como aduz Francesco Carnelutti, “para saber se o imputado é inocente ou culpado, o juiz necessita de que um acuse e outro o defenda; ele não pode saber se tem razão a acusação ou a defesa sem escutar a uma e a outra”²¹.

É nesse debate argumentativo (discurso proposicional e não autoritário) que reside à essência do contraditório, e é a “partir do contraditório que se estabelece a legitimidade do provimento judicial”²². Como preleciona Francesco Carnelutti

“se a colaboração de uma parte é parcial ou, em outros termos, tendenciosa, este defeito se corrige com a colaboração da parte contrária, uma vez que esta tem interesse em desvelar a outra parte da verdade. Uma parte combatendo contra a outra, chocando os pedernais, de modo que acabam por fazer saltar a chispa da verdade”²³.

¹⁸ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1992. p. 60

¹⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 68.

²⁰ ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 97.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: EDIJUR, 2014. p. 74

²² ROSA, Alexandre Morais da; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 97.

²³ CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. Leme: EDIJUR, 2014. p. 67

Vale enfatizar que o contraditório não se resume à contra argumentação ou simples participação das partes no processo. Aury Lopes Júnior afirma que a garantia do contraditório pode ser dividida em duas dimensões: reação e informação²⁴.

O direito de reação consiste no direito de participar da produção probatória resistindo à pretensão acusatória e tendo a garantia de que todas as alegações serão avaliadas pelo julgador. Trata-se da “possibilidade concreta de contrapor, em paridade de armas, os argumentos deduzidos pela outra parte”, o que exige uma condição de diálogo que viabilize a resistência ou produção de significantes probatórios²⁵.

Para que seja possível reagir e participar no processo, contudo, faz-se mister o conhecimento, por vezes prévio, do ato que será praticado pela parte contrária. Trata-se do direito de informação constitutivo do contraditório. Assim como a contraposição, o direito de informação é imprescindível para a efetividade do exercício do contraditório. Antônio Scarance Fernandes afirma que

“no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade das armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, estarem as partes munidas de forças similares”.

Definidos os contornos do contraditório, é possível aferir se se apresenta viável conceber que a instrução do inquérito policial seja efetiva sob a luz do contraditório.

²⁴LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 223

²⁵CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 295.

A resposta será afirmativa se for possível, pelo menos na teoria, adotar o debate argumentativo entre partes contrapostas (direito de reação) no inquérito policial, bem como a prévia informação aos envolvidos, como regra, dos atos de investigação que serão realizados no curso das investigações (direito à informação).

Pois bem. Quanto ao direito de reação, o debate argumentativo entre partes contrapostas no inquérito policial se afigura praticamente impraticável, tendo em vista a inexistência de partes no inquérito policial. Em que pese a possibilidade do investigado colaborar com as investigações²⁶, não lhe cabe o direito de construir, dialeticamente, o resultado da investigação, não sendo possível reagir, plenamente, às informações produzidas no estreito *locus* do inquérito policial²⁷. Diferentemente do processo, não há no inquérito policial partes contrapostas que almejam interesses distintos no resultado final do procedimento.

Em apertada síntese, o processo penal é constituído, impreterivelmente, por três atores principais, quais sejam: juiz, acusação e defesa. Ao juiz, ente imparcial, incumbe a missão de aplicar a lei material ao caso concreto. Às partes, acusação e defesa, compete a tarefa de levar ao processo os argumentos e meios de prova que subsidiarão o convencimento do juiz. Essa separação de funções é essencial para a existência do contraditório. Somente é possível imaginarmos o contraditório pleno em um procedimento onde existam partes distintas e contrapostas. Como assevera Franco Cordero, “*el debate contradictorio requiere, por lo menos, dos personas*”

²⁶BRASIL, Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Art. 14. “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.”

²⁷CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 296.

que intervengan, ante uno que los modera, y presupone luchadores equivalentes”²⁸.

Já o inquérito policial não é formado, necessariamente, por três atores, como o processo. Na fase pré-processual, especificamente na investigação por meio do inquérito policial, a relação que se estabelece é da Polícia Civil investigando um fato. Não há duas partes contrapostas e um ente imparcial a quem é destinada a produção probatória e que realizará um juízo de valor de forma imparcial. O convencimento do delegado de polícia, necessário para o indiciamento, nasce, em regra, dos elementos obtidos pela própria polícia, e não pelas partes, que sequer ainda existem. Em regra, Há um trabalho solitário da polícia nessa fase, não havendo, necessariamente, contribuição do investigado e do futuro acusador.

A Polícia Civil elabora uma hipótese sobre o suposto delito investigado e sai em busca de elementos. Esse sistema exclui a necessidade de diálogo.²⁹ Como é fácil deduzir, nesse contexto não há espaço para a dialética que constitui o contraditório. Faz parte da própria estrutura do inquérito policial a inexistência de partes e, por consequência, do contraditório. O contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva³⁰ para as partes, o que não há no inquérito policial. O inquérito policial contraditório, com a possibilidade de grandes debates argumentativos, poderia inchar consideravelmente o tempo e a quantidade de atos de investigação, transformando-o em um verdadeiro processo. Imaginar um inquérito policial contraditório seria assumir o risco de inverter a instrução processual, transformando o inquérito em um procedimento de cognição exauriente, o que reduziria a fase processual em uma simples repetição dos atos já praticados. A fase pré-processual possui limitação qualitativa, ou seja,

²⁸CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Tomo II. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 201.

²⁹CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Tomo II. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. p. 47.

³⁰LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 221.

“a instrução preliminar não deve ser normativamente uma cognição plena, profunda e completa sobre a existência do delito, pois esse é o objetivo da fase processual e da instrução definitiva. Uma fase pré-processual plenária não representa mais do que uma molesta duplicidade ou, ainda pior, desvirtua completamente a fase processual, transformando-se na alma do processo”³¹.

Não se pode descurar que a fase pré-processual deve ser sumária, ou seja, deve objetivar a realização de um juízo de probabilidade acerca da autoria delitiva e não um juízo de convencimento capaz de subsidiar uma condenação. Exigir que os atos do inquérito policial sejam praticados sob o crivo do contraditório teria o condão de transformá-la em uma verdadeira instrução processual prévia. Portanto, não há como adotar o debate argumentativo entre partes contrapostas no inquérito policial.

No que se refere ao direito à informação, segunda dimensão do contraditório, já mencionada, seu exercício pleno no inquérito policial, igualmente, não se afigura possível. Isso porque a comunicação prévia ao investigado de todos os atos de investigação poderia transformar o inquérito policial em verdadeira instrução processual, comprometendo sua necessária celeridade, desvirtuando o escopo de busca de um juízo de probabilidade e comprometendo a cognição sumária.

Destarte, em face da estrutura procedimental, afigura-se irrefutável a impossibilidade de se cogitar a existência de contraditório na fase pré-processual.

A PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO (A) EM OITIVAS DE TESTEMUNHAS, VÍTIMAS OU INVESTIGADOS NÃO ASSISTIDOS

³¹LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 178

É sob a luz dos aludidos princípios da ampla defesa e do contraditório que deve ser analisado o principal argumento aventado para tentar legitimar a participação de advogados na oitiva de testemunhas e vítimas na fase pré-processual, qual seja, o art. 7º, XXI, da Lei 8.906/1994:

(...)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

Como se infere da leitura do texto legal, o legislador materializou uma das expressões do princípio da defesa, detalhando o direito do defensor assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações.

Acerca do tema, Aury Lopes Junior aduz que

Não há como afastar o sujeito passivo da investigação preliminar da abrangência da proteção, pois é inegável que ele se encaixa na situação de “acusados em geral”, pois a imputação e o indiciamento são formas de acusação em sentido amplo. Reforça nossa posição o disposto na Lei n. 13.245/2016, que alterou o art. 7º da Lei n. 8.906/94, para ampliar a participação do advogado na investigação, especialmente no direito de acesso aos autos (manifestação do contraditório, que foi potencializado) e também no direito de assistir o investigado “durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração” (nova redação do art. 7º, XXI, da Lei n. 8.906/94): a) apresentar razões e quesitos (potencialização do direito de defesa). Dessarte, existe direito de defesa (técnica e pessoal – positiva e negativa) e contraditório (no sentido de acesso aos autos), ambos limitados. (“...”).

Como se vê, o dispositivo legal reforçou a presença da ampla defesa na fase pré-processual, deixando clara a possibilidade de o advogado acompanhar seu cliente nos atos de polícia judiciária.

Em que pese o inegável reforço das prerrogativas da defesa técnica, todavia, não há como imaginar, tendo em vista a estrutura da fase pré-processual, que as supramencionadas alterações legislativas tenham introduzido qualquer espécie de contraditório na instrução da investigação preliminar e, com isso, a possibilidade de advogados participarem de depoimentos ou declarações produzidas nas investigações policiais.

Imaginar o contrário, ampliando a interpretação do art. 7º, XXI, da Lei 8.906/1994 ao ponto de se possibilitar a participação ativa do defensor em relação aos atos de instrução procedimental afetos a testemunhas ou vítimas, seria uma tentativa de enfiar, à fórceps, uma espécie de contraditório na fase pré-processual, desvirtuando, com isso, a estrutura do sistema.

Isso porque, além da impossibilidade estrutural de aplicação do princípio do contraditório na fase pré-processual, o sistema de persecução penal no Brasil possui limitação cognitiva da fase preliminar.

Não se afigura atribuição da fase de investigação debater o objeto da investigação na sua totalidade, de forma plena, tampouco concluir pela culpa do investigado. A investigação preliminar detém a tarefa de auferir indícios³² de quem seja o provável autor da infração penal objeto da investigação. “A investigação não tem como fundamento a pena e tampouco a satisfação jurídica de uma pretensão. Não faz – em sentido próprio – justiça, senão que tem como objetivo imediato garantir o eficaz funcionamento da justiça”³³.

³² Para Franco Cordero a palavra indícios “evoca hipótesis empíricas; si x implica y y resuta x, el axioma manda que también sea verdad y”. Trata-se de conclusões indutivas sobre algo CORDERO, Franco. Procedimiento penal. Tomo II. Santa Fé de Bogota, Colombia: Temis, 2000. p. 5). Maria Thereza Rocha de Assis Moura, em obra específica sobre o tema, conceitua indícios como “todo rastro, vestígio, sinal e, em regra, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A prova por indícios no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 41). No mesmo sentido o art. 239 do CPP “considera indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”

³³ LOPES JUNIOR, Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. Rio de

A investigação preliminar não tem o escopo de provar a culpa ou a inocência do investigado. Assim, é certo que a investigação preliminar não pode ser transmudada em instrução processual. Não é função da fase preliminar realizar a instrução probatória que alicerçará a convicção do julgador para sentença, mas sim formar um juízo de probabilidade que possibilite o início do processo. É no processo que se deve formar, por meio da produção de provas e com pleno exercício do contraditório, a convicção do julgador. A limitação temporal, a inexistência de partes e de contraditório, entre outros fatores, extirpa da fase pré-processual a responsabilidade pela apuração plena da autoria da infração penal. “Como procedimento prévio e de caráter preparatório, ela está dirigida apenas a justificar o processo (preparando o exercício da pretensão acusatória) ou o não processo (pela via do arquivamento)” .

Neste sentido, o ministro Gilmar Mendes em voto proferido na Pet 7612/DF³⁴ aduziu expressamente que o causídico não tem a prerrogativa de acompanhar depoimentos e interrogatórios dos demais investigados e testemunhas, vejamos:

Destaco que a norma do art. 7º, XXI, da Lei 8.906/94, prevê a assistência dos advogados aos investigados durante a realização dos interrogatórios e depoimentos de seus clientes, não estendendo essa prerrogativa aos depoimentos e interrogatórios dos demais investigados e testemunhas. A legislação vigente não avança para reproduzir, no âmbito do inquérito policial, o modelo processual vigente na ação penal, no qual todas as provas são produzidas com a possibilidade de ciência, acompanhamento e participação dos acusados e de sua defesa (autodefesa e defesa técnica), inclusive com a formulação de perguntas diretamente às testemunhas e de esclarecimentos realizados por intermédio do juiz durante os interrogatórios dos corréus (arts. 188 e 212 do CPP). **Por esses motivos, entendo que não merece prosperar a irresignação do recorrente quanto à participação nos depoimentos das demais testemunhas no âmbito do inquérito.** (grifo nosso)

Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 38.

³⁴ Pet 7.612/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 12/03/2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342425440&ext=.pdf>. Acesso em 27.03.23.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não existe o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva da defesa técnica acerca do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade policial.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. PARTICIPAÇÃO DA DEFESA DO INVESTIGADO NA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. LEI 13.245/2016. MITIGAÇÃO DO CARÁTER INQUISITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE QUESITOS.IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. As alterações promovidas pela Lei 13.245/2016 no art. 7º, XXI, do Estatuto da Ordem dos Advogados representam reforço das prerrogativas da defesa técnica no curso do inquérito policial, sem comprometer, de modo algum, o caráter inquisitório da fase investigativa preliminar.
2. Desse modo, a possibilidade de assistência mediante a apresentação de razões e quesitos não se confunde com o direito subjetivo de intimação prévia e tempestiva da defesa técnica acerca do calendário de inquirições a ser definido pela autoridade judicial.
3. Agravo regimental desprovido.

Não nos olvidamos do argumento de que a palavra “depoimento” contida no art. 7º, XXI, da Lei 8.906/1994 traria a ideia de que também é direito do advogado acompanhar e participar das oitivas de testemunhas. Todavia, diante da conclusão acima exposta, notadamente quanto a impossibilidade estrutural de adoção de contraditório na fase pré-processual, não nos resta dúvidas de que a melhor interpretação para a palavra “depoimento” é a de que o legislador se referiu ao direito do advogado acompanhar seu próprio cliente mesmo quando ele for ouvido como testemunha. Em outras palavras, é direito do advogado, como corolário da ampla defesa, acompanhar seu cliente quando ele for interrogado ou quando ele for ouvido como testemunha, em depoimento.

Há que se ressaltar, ainda, que o dispositivo contempla uma limitação semântica: assistência de clientes investigados. A lacuna com relação à participação imediata da oitiva de testemunhas e vítimas é um silêncio eloquente em face do sistema processual penal.

Oitivas de vítimas e testemunhas são diligências em andamento e, portanto, não acessíveis, naquele momento de produção, ao defensor.

Naturalmente, quando findas e juntadas ao procedimento, surge o direito subjetivo da defesa técnica de acesso, cópias e eventuais requerimentos.

Logo, conclui-se que o dispositivo em análise não contempla a participação ou acompanhamento do advogado do acusado em geral em depoimentos de testemunhas.

DA ATIPICIDADE PENAL DA NEGATIVA DE PERMISSÃO DA PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADOS EM DEPOIMENTOS E DECLARAÇÕES

Com relação ao segundo questionamento da nota, surgiria a indagação: a negativa de acompanhamento seria conduta ilícita ou abusiva por parte da Autoridade Policial?

Em consonância com o Estatuto da OAB e a Súmula Vinculante nº 14, o próprio tipo penal da Lei de Abuso de Autoridade (Lei 13.869/19) faz a ressalva de não se configurar o crime quando a negativa de acesso ocorre nas diligências em curso, vejamos o dispositivo:

Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, **ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível**:
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (grifo nosso)

A negativa de acompanhamento não se dá por mero capricho ou satisfação pessoal do Delegado de Polícia, mas, eventualmente, pela potencialidade da participação do causídico prejudicar na produção de elementos informativos em depoimentos de testemunhas que possam depor contra o investigado e agravar a vitimização secundária em torno do fato. Portanto, ausente o especial fim de agir do art. 1º, §1º da Lei 13.869/19.

A atipicidade de um suposto crime de abuso de autoridade é evidenciada, também, pelo fato de que o art. 43 desta Lei altera a redação do Estatuto da OAB de modo a punir criminalmente apenas a violação de prerrogativas contidas no art. 7º, incisos II, III, IV e V, não prevendo, portanto, a conduta do art. 7º, inciso XXI, como abusiva da Lei nº 13.869/19.

Na mesma linha de raciocínio, não há que se falar em nulidade absoluta dos atos praticados. Neste sentido são as lições de Renato Brasileiro de Lima³⁵, que cita, inclusive, posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

“Ainda que se queira objetar que se trata de verdadeira nulidade, o fato de a Lei nº 13.245/16 tê-la rotulado de absoluta não acarreta, de per si, a invalidação do referido ato, salvo se comprovado o prejuízo causado ao investigado. Afinal, conforme recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (v.g., STF, 2ª Turma, HC 117.102/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/06/2013), o reconhecimento de uma nulidade, ainda que absoluta, também pressupõe a comprovação do prejuízo. Por conseguinte, ainda que não seja franqueado ao advogado presente o direito de assistir a seu cliente investigado durante a realização do interrogatório policial, não há falar em invalidação do procedimento investigatório se este, por exemplo, permanecer em silêncio.”

CONCLUSÃO

Por fim, embora os estudos elaborados por deste Centro de Apoio, setor auxiliar da atividade funcional da Polícia Civil, não possuam caráter vinculativo, conforme estabelece o art. 9º da Resolução nº 26/GAB/DGPC/PCSC/2022,³⁶ incumbindo à Autoridade Policial regular análise quanto à sua pertinência e aplicabilidade no caso concreto, acerca da consulta em questão o CAAPJ **CONCLUI** que:

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

³⁶ Resolução Nº 26/GAB/DGPC/PCSC/2022 - Art. 9º As manifestações do CAAPJ, tem natureza auxiliar da atividade funcional da Polícia Civil, e não possuem efeito vinculativo, incumbindo ao Delegado de Polícia solicitante, e aos demais diante de situações análogas, a análise quanto a sua pertinência e aplicabilidade.

a) Não encontra amparo legal, tendo em vista a impossibilidade estrutural de contraditório, a participação ou mesmo acompanhamento pelo advogado do suspeito/investigado/indiciado dos depoimentos, declarações ou outros interrogatórios prestados na fase pré-processual por indivíduos não assistidos por ele;

b) É direito do advogado constituído, como corolário do princípio da ampla defesa, acompanhar o interrogatório ou depoimento de seu próprio assistido, podendo, inclusive, realizar perguntas a este após o término dos questionamentos do Delegado de Polícia, as quais, com base em aplicação analógica ao Art. 400, § 1º, do CPP, podem ser indeferidas caso consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias;

c) É direito do advogado constituído ter acesso aos depoimentos, declarações e interrogatórios já finalizados e documentados em procedimento;

d) É atípica a conduta do Delegado de Polícia que eventualmente nega a participação de advogado em oitivas de vítimas, testemunhas ou de outros suspeitos/investigados/indiciados que não sejam por ele assistidos.

É a informação técnica.

Florianópolis/SC, 08 de maio de 2023.

ANGELO MORENO CINTRA FRAGELLI
Delegado de Polícia – Coordenador do CAAPJ

DIOGO BASTOS MEDEIROS
Delegado de Polícia – Consultor CAAPJ

DAVID TARCÍSIO QUEIROZ DE SOUZA
Delegado de Polícia – Consultor CAAPJ